



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero

Sr. Velasco Rodríguez, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y  
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 29 de marzo de 2012, ha examinado el *expediente referente a la propuesta de modificación II del contrato suscrito entre la Diputación de xxxxx y las empresas qqqq1, S.L. y qqqq2 (actual UTE qqqq3)*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 31 de enero de 2012 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente referente a la propuesta de modificación II del contrato de gestión de servicio público de ayuda a domicilio, lote II, suscrito entre la Diputación de xxxxx y la empresa Qqqq2 (actual UTE qqqq3)*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de febrero de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 78/2012, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

**Primero.-** Por acuerdo plenario adoptado en sesión celebrada el 28 de febrero de 2007 se adjudicó el contrato para la prestación del Servicio de Ayuda



a Domicilio en municipios de la provincia de xxxxx con población inferior a 20.000 habitantes a las siguientes empresas:

- Lote I a qqqq1, S.L., por importe de 13,45 euros por hora en horario ordinario y 20,17 euros por hora en horario excepcional, IVA incluido en ambos casos. El número de horas a contratar anualmente se concreta en 276.000.

- Lote II a qqqq2 (UTE qqqq3), por importe de 13,45 euros por hora en horario ordinario y 20,17 euros por hora en horario excepcional, IVA incluido en ambos casos. El número de horas a contratar anualmente se concreta en 216.000.

De acuerdo con la cláusula 4ª del pliego de cláusulas administrativas particulares, la duración del contrato abarca desde el día de su formalización (que tuvo lugar, en el caso del lote II, el 27 de abril de 2007) hasta el 31 de diciembre de 2010. El presupuesto máximo autorizado para este período de vigencia inicial del contrato fue de 16.007.760 euros.

Dicho contrato ha sido objeto de dos prórrogas sucesivas, la primera acordada el 26 de noviembre de 2010 para el ejercicio 2011, y la segunda, el 30 de diciembre de 2011, que extiende la vigencia del contrato desde el 1 de enero hasta el 30 de abril de 2012.

Los precios fueron revisados por Acuerdos de la Junta de Gobierno de 29 de abril de 2009, 28 de julio de 2010 y 18 de abril de 2011.

Las modificaciones a las que se ha visto sometido el contrato hasta la fecha, en el caso del lote II, son las siguientes:

- El 23 de diciembre de 2008 se aprueba la modificación del número de horas del Sad para 2008, que se incrementan respecto a la previsión anual del PCAP en 62.000 horas, lo que incrementa a su vez el precio en 833.900 euros.

- El 29 de diciembre de 2009 se incrementan de nuevo las horas del Sad para 2009, respecto a la previsión anual del pliego de cláusulas



administrativas particulares, en 107.000 horas, lo que también representa un incremento del precio de 1.520.470 euros.

- El 30 de diciembre de 2010 se modifica el número de horas del Sad para 2010, con un aumento sobre la previsión anual del pliego de cláusulas administrativas particulares de 79.000 horas, y un gasto adicional de 1.099.680 euros.

- El 18 de noviembre de 2011 se efectúa la modificación I de las horas del Sad durante el ejercicio 2011, que se incrementan en 42.120 horas, lo que supone un gasto de 604.000,80 euros.

**Segundo.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 30 de diciembre de 2011 se propone una nueva modificación del lote II, la segunda en el ejercicio 2011, para incrementar en 32.000 el número de horas del contrato y el gasto en 458.880 euros.

**Tercero.-** En el expediente de la modificación II propuesta figuran los siguientes informes:

- Informe de la Diputada Delegada de Derechos Sociales de 24 de noviembre de 2011, en el que se justifica la necesidad de modificación al indicar que "A pesar de haberse incrementado el número de horas de la prestación del servicio de ayuda a domicilio, se observa que, debido al elevado número de beneficiarios, propiciado en parte por la aplicación de la Ley de Dependencia, se ha incrementado el número de horas del servicio y es preciso por tanto la ampliación de las horas necesarias para dar cobertura a las necesidades contraídas hasta el día 31 de diciembre".

- Informe propuesta del Servicio de Contratación de 12 de diciembre de 2011.

- Informe de Intervención de 16 de diciembre de 2011 en el que señala:

"Quinto.- Que la modificación que ahora se tramita supone: lote nº2: 32.000 horas, lo que supone un incremento de precio de 458.880 € y



un incremento de las horas del contrato para el ejercicio de 2011 del 14,81%, al que deberá sumarse el aprobado anteriormente, con lo que la modificación para el presente ejercicio sería del 34,31% y en el total del contrato (216.000 horas anuales años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011= 1.080.000 horas totales), la modificaciones del año 2011 suponen el 6,86%.

»Si a ello sumamos las modificaciones anteriores, las modificaciones introducidas supondrían un incremento total del 29,89% (nº total de incremento de horas 322.820 horas). (...).

»Séptimo.- Que se informa por el Servicio de Contratación que la cláusula 3.4.2 del Pliego recoge la posibilidad de variación de las horas fijadas en más/menos un 20%, no obstante las modificaciones superan este porcentaje, no obstante, el artículo 167 del RDL 2/2000 no recoge esta circunstancia como causa de resolución del contrato. (...).

»Noveno.- Que se formula el siguiente reparo: Que de conformidad con el artº. 59.3 del RDL 2/2000, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando se trate de modificaciones superiores a un 20 % del precio primitivo y este sea igual o superior a 1.000.000.000 pts. (6.010.121,04 €), por lo que, a juicio de esta Intervención, previa a la aprobación de esta modificación es preciso dicho dictamen”.

**Cuarto.-** El 12 de enero de 2012 se notifica al contratista la propuesta de modificación, sin que conste la presentación de alegaciones.

**Quinto.-** El 31 de enero de 2012 se recibe en este Consejo Consultivo el referido expediente de modificación II del contrato correspondiente al lote nº II para su dictamen.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

**Sexto.-** Por Acuerdo del Presidente del Consejo de 6 de febrero se requiere de la Diputación de xxxxx el envío de documentación complementaria necesaria para la emisión del dictamen; en concreto, los pliegos y el contrato



celebrado, el expediente de la modificación I del contrato en el ejercicio 2011 y de las prórrogas acordadas, e informe detallado sobre las razones de interés público, debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas que habilitarían la II modificación del contrato, pues en el expediente remitido se apela genéricamente, sin más datos comparativos, al aumento de usuarios motivado en parte por la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

El 14 de marzo se recibe en el Consejo tal documentación, si bien en cuanto al informe justificativo de la modificación, se vuelve a enviar el informe de la Diputada Delegada de Derechos Sociales de 24 de noviembre de 2011 que ya obraba en el expediente recibido el 31 de enero.

Recibida la anterior documentación, se reanuda el plazo para la emisión de dictamen.

## **II CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en virtud de lo dispuesto en los artículos 4.1.h), 3º y 19.2 de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, así como en el artículo 59.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio. El dictamen resulta preceptivo, vista la cuantía de la modificación propuesta.

Corresponde a la Sección Primera emitir el dictamen, según lo establecido en el punto 4º, regla A), apartado e), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

La disposición transitoria primera, párrafo 2º, de la Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo



3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece para los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor -que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011- que se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Dicha normativa la constituye la citada LCAP, por cuanto en atención a su fecha de adjudicación y tal como se recoge en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato, el régimen jurídico que le es aplicable está constituido fundamentalmente, además de por dicho pliego, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

El artículo 59.3 de la LCAP dispone que "Será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de (...) b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros".

A la luz de lo expuesto se desprende claramente que el legislador ha optado en estos casos por exigir la concurrencia de dos requisitos para que sea preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo:

- Que la modificación aislada o conjuntamente sea superior al 20 por 100 del precio primitivo del contrato.

- Que el precio primitivo del contrato sea igual o superior a 6.010.121,04 euros.

En el presente caso se dan los dos requisitos mencionados por cuanto el presupuesto máximo limitativo del gasto para el lote II es de 16.007.760 euros y las modificaciones acumuladas, tal como resulta del expediente, superan el 20 % del precio primitivo del contrato. A este respecto conviene matizar que, no obstante lo indicado en el informe de fiscalización, el porcentaje de incremento no debe calcularse en atención al incremento real de horas sino al incremento total de las modificaciones autorizadas, el cual, según el cálculo efectuado en el



referido informe, supera en ambos lotes el porcentaje señalado (lote I el 26,62 % y lote II el 29,89 %).

La competencia para acordar la modificación del contrato corresponde al órgano de contratación, en el presente caso, al Pleno de la Diputación, de acuerdo con el apartado 1 de la disposición adicional segunda del TRLCSP, sin perjuicio de las delegaciones de competencia que puedan existir en otros órganos.

**2ª.-** El *ius variandi*, en cuanto prerrogativa o potestad de la Administración, emana directamente del ordenamiento jurídico, con carácter general del artículo 101 y en particular, para el contrato de gestión de servicio público, del artículo 163, ambos de la LCAP; y debe sujetarse en su ejercicio a los requisitos, límites de estos preceptos y con el alcance que establecen.

Así, el ejercicio del *ius variandi* ha de ajustarse a unos requisitos de carácter formal (debe seguirse el procedimiento legalmente establecido, al que ya se ha hecho referencia) y a unos requisitos materiales, al disponer el artículo 101.1: "Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente".

Por todo ello el Consejo de Estado, en el Dictamen 1.531/2003, de 24 de julio, señala: "La modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado (dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991). Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de las exigencias propias del servicio, deriva de la exigencia de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (artículo 101 de la LCAP, cuya aplicación no se excluye en el artículo 155.5 de la misma Ley). El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las



garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del *ius variandi*, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, «podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas». La concurrencia tanto del interés público que legitime la modificación contractual como de las necesidades nuevas o causas imprevistas a que se refiere el citado artículo 101 de la LCAP, debe quedar justificada en el expediente, conforme a este precepto”.

Por último, ha de señalarse que la modificación del contrato debe consistir precisamente en eso, en una modificación, de manera que aquél mantenga su identidad; es decir, queda vedado realizar, por la vía del *ius variandi*, una alteración sustancial del contrato, por implicar ésta no ya una modificación, sino un cambio en la voluntad administrativa, que requiere de una nueva contratación.

A dicha concepción responde fundamentalmente la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada, entre otras, en la Sentencia de 21 de enero de 2000, que señala: “Estas modificaciones, como ya ha quedado indicado, no son sustanciales, ni alterando ni vulnerando el Pliego de Condiciones que sirvió de base para el concurso. Se trata, como acertadamente expone la sentencia de instancia, de una acomodación del primitivo objeto contractual a las necesidades impuestas por el interés público. El Ayuntamiento de (...) ha hecho uso del *ius variandi* conforme a derecho, sin alterar sustancialmente los términos del contrato ni vulnerar el Pliego de Condiciones del concurso, por lo que no ha infringido los principios de publicidad y concurrencia establecidos por el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, que hubieran exigido la convocatoria de un nuevo concurso solamente si se hubiesen modificado en sus términos esenciales las condiciones que dieron lugar a la adjudicación del celebrado”.

Incluso Sentencias como la de 1 de febrero de 2000 recogen la línea jurisprudencial más generosa con la extensión del *ius variandi*, al considerar que “«constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas», que «el interés general es el que debe prevalecer en todo caso», que «la prevalencia del fin sobre el objeto (...) es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin»” y que, en el caso enjuiciado, las modificaciones no





“pueden considerarse como alteraciones sustanciales del contrato, que lo hagan esencialmente distinto del celebrado”.

En este mismo sentido de rechazo a las alteraciones sustanciales, se expresa el Consejo de Estado en el Dictamen 79/1993, de 1 de abril: “(...), que las modificaciones «sean consecuencia de necesidades nuevas», no permite ser concebida de una manera tan amplia que permita cualquier variación, incluso cuando entrañe una alteración sustancial del objeto del contrato. En efecto, a través de la prerrogativa de modificación de la Administración no se puede alterar completamente, o en sus elementos esenciales, el contrato originario, pues en tales casos, congruentemente con el principio de licitación pública, debería tramitarse un nuevo expediente de contratación con su correspondiente adjudicación (...)”.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el informe 59/2003, de 7 de junio de 2004, señala: “(...) criterio reiteradamente expuesto por esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos, puesto que «celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos de los adjudicatarios podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce» (informes de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999, de 2 y 5 de marzo de 2001 y de 12 de marzo de 2004, expedientes 48/95, 47/98, 52/00, 59/00 y 50/03)”.

**3ª.-** Corresponde ahora analizar si en los motivos invocados por la Administración se contienen los presupuestos requeridos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio del *ius variandi*.

Las modificaciones contractuales por razón de interés público requieren que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, exigencia que comprende tanto a las necesidades sobrevenidas, como a todas las causas imprevistas, ya fueran previsibles o imprevisibles al tiempo de la contratación;



circunstancias que deberán apreciarse en sentido estricto como determinantes de un privilegio reconocido a la Administración y que operan igualmente como presupuesto de hecho que procede apreciar a la vista de las notas características propias y específicas de cada supuesto en particular.

Por otro lado, las necesidades motivadoras tienen que encontrar satisfacción en el ámbito propio del contrato a modificar, pero no en otro extraño respecto al mismo -aunque sea próximo o lateral- porque, además de su inadecuación, supondría también un desplazamiento del juego y valoración sobre el interés público que ilumina la actuación administrativa en el contrato concreto cuya modificación se pretende.

La necesidad de la modificación contractual debe estar ampliamente motivada en el expediente, pues así lo dispone expresamente el artículo 101 de la LCAP. La modificación contractual es una potestad reglada, que sólo puede ejercerse si concurren los requisitos establecidos por la ley y que, en todo caso, "requiere una singular motivación de hecho [...] que de no existir, impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio *ne varietur*", tal y como mantiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1984.

En el presente caso, según los informes técnicos existentes en el expediente administrativo, la justificación se encuentra en el incremento de la demanda del servicio habida cuenta del elevado número de beneficiarios de esta prestación, propiciado en parte por la aplicación de la Ley de Dependencia, lo que determina el incremento del número de horas del servicio.

Sin perjuicio de poner de relieve lo escueto de la motivación realizada por la Administración, cuya ampliación fue requerida sin éxito por este Consejo (según se expuso en el antecedente quinto) y que convendría por ello completar mediante la incorporación al expediente del cálculo de las estimaciones de usuarios y del número de horas de atención que se hayan realizado en atención a dichas circunstancias, conviene recordar que la citada Ley 39/2006, de 14 de diciembre, incluye el servicio de ayuda a domicilio dentro del catálogo de servicios de su artículo 15, configurado en el artículo 23 como "el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de



la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función:

»a) Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros.

»b) Servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria”.

Además del acceso a esta prestación conforme a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, las Diputaciones Provinciales tienen atribuida la gestión de esta prestación social básica en los términos de la Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales, vigente al tiempo de celebración del contrato (hoy sustituida por la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León) y del Decreto 269/1998, de 17 de diciembre, por el que se regula la prestación social básica del Servicio de Ayuda a Domicilio en Castilla y León, y que integra igualmente el régimen jurídico del contrato objeto de esta modificación, a tenor de la cláusula 2ª del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En este orden de cosas hay que tener en cuenta que la actividad contractual de la Administración, como cualquier acción del poder público, no puede ser inmune al desenvolvimiento del Estado social, de modo que la intensa actividad prestacional a que la Administración está en él abocada, no puede ser en muchos casos interrumpida sin grave perjuicio de los ciudadanos, sobre todo de los más desfavorecidos, de manera que el ejercicio de la potestad de modificación contractual puede ser un instrumento para garantizar la continuidad de la actividad pública, cuando sobre las condiciones a las que se preveía inicialmente que se habría de someter hayan operado nuevas necesidades o causas imprevistas. Por ello, cabe apreciar que el aumento del número de usuarios y del número de horas de prestación sobre las previsiones iniciales, motivado parcialmente por un cambio normativo, representa una circunstancia sobrevenida durante la ejecución del contrato, que habilita su modificación.

No obstante lo expuesto, el pliego de cláusulas administrativas particulares, en concreto el párrafo segundo de la cláusula 3.4 relativa a las



“Modificaciones” del contrato, impone un límite a la facultad de modificación, cuando dispone que “Previa tramitación administrativa y en función de las necesidades del Servicio y de la incorporación al mismo de nuevas solicitudes, las horas fijadas para cada uno de los lotes podrán sufrir una variación en más o menos del 20% del montante total siempre y cuando exista crédito presupuestario adecuado y suficiente”. Si bien el informe de fiscalización de 16 de diciembre de 2011, referido en el antecedente tercero de este dictamen, señala que “las modificaciones superan este porcentaje, no obstante, el artículo 167 del RDL 2/2000 no recoge esta circunstancia como causa de resolución del contrato”, debe tenerse en cuenta que si bien, y en atención a las notas de obligatoriedad y continuidad en la prestación del servicio inherentes al contrato de gestión de servicio público, la LCAP no faculta al concesionario para resolver el contrato en el caso de modificaciones superiores al 20% -a diferencia de lo que sucede en otros contratos administrativos-, lo cierto es que el límite pactado deberá ser respetado por la Administración en el ejercicio del *ius variandi*, pues de no ser así, podría otro licitador invocar desamparo o perjuicio en el caso de que los límites a la modificación impuestos por el pliego, y que tuvo presente al formular su oferta, fueran desconocidos durante la ejecución del contrato. Ello se entiende sin perjuicio de que el contratista deba ser resarcido por la vía que corresponda, de las horas que, en su caso, hubiera podido prestar con superación de ese porcentaje, a fin de evitar un enriquecimiento injusto de la Administración.

De este modo, al apreciarse que realmente existe una necesidad nueva, que la modificación propuesta no supone una alteración sustancial del contrato vigente y que existen razones de interés público que la justifican, procede la II modificación del contrato de gestión de servicio público de ayuda a domicilio, lote II, con el límite máximo del 20% del montante total de horas que autoriza la cláusula 3.4 del PCAP mencionada.

Finalmente, procede advertir que, respecto a las modificaciones del contrato referido al lote I y aunque no se haya sometido a dictamen de este Consejo Consultivo, de la documentación remitida parece desprenderse que concurren las mismas condiciones limitativas que las antes expuestas para las modificaciones contractuales del lote II.



**CONSEJO  
CONSULTIVO**  
DE CASTILLA Y LEÓN

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede modificar el contrato de gestión de servicio público de ayuda a domicilio, lote II, suscrito entre la Diputación de xxxxx y la empresa qqqq2 (actual UTE qqqq3), en los términos expuestos en el cuerpo de este dictamen.

No obstante, V.E., resolverá lo que estime más acertado.